

Dictamen nº: **30/08**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **05.11.08**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 5 de noviembre sobre consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2.007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por H. M. C., en reclamación de una indemnización de 900.000.-€, por los daños y perjuicios que considera le fueron causados por una intervención por el Hospital Universitario La Paz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 18 de septiembre de 2008 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre responsabilidad patrimonial por daños sufridos como consecuencia de una intervención quirúrgica en el Hospital Universitario La Paz de Madrid, remitido por el Consejero de Sanidad. Admitida a trámite con esa misma fecha, se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 73/08, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen.

SEGUNDO.- Con fecha 8 de junio de 2006, es presentado escrito por H. M. C., en el que reclama una indemnización de 900.000.-€, por considerar que las dolencias que padece fueron ocasionadas por mala praxis del Hospital Universitario La Paz, al dañarle la arteria poplítea en el curso

de una intervención que se le practicó para la extirpación de un tumor benigno.

La reclamación tiene su fundamento en los siguientes hechos.

1. El reclamante presenta una tumoración de años de evolución en el hueco poplíteo (cara posterior) de su rodilla derecha de 9x4x8 cm. La masa desplaza próximamente los vasos poplíticos y los atrapa distalmente. El diagnóstico de sospecha es el de fibrosarcoma de bajo grado o fibromatosis.

2. Se realiza un intento de biopsiar la lesión mediante PAAF (punción aspiración con aguja fina) guiada con ecografía, pero el resultado anatomopatológico es de muestra insuficiente para su estudio. Ante la ausencia de Unidad de Tumores en Hospital Virgen de la Salud de Toledo, donde es visto en un primer momento, se decide su traslado al Hospital La Paz de Madrid para tratamiento definitivo. Consta que, por parte del Hospital Universitario La Paz, se concede la atención en este centro al reclamante, en virtud de las normas en vigor relacionadas con las prestaciones especiales de carácter obligatorio, con fecha 11 de febrero de 2004, (folio 68 del expediente administrativo).

3. Estudiado en la Consulta de la Unidad de Oncología Músculo-Esquelética, del Hospital de la Paz de Madrid, se aprecia una tumoración de consistencia dudosa, mínimamente móvil, de tamaño aproximado 8x6x4 cm. Se valora la RMN (resonancia magnética) que muestra compromiso del paquete vásculonervioso, pero que no impide la permeabilidad del mismo. Se establece el diagnóstico posible de fibrosarcoma (tumoración maligna) y se informa a la familia de la posibilidad de tener que realizar una anastomosis arterial o incluso del resultado final de amputación si el diagnóstico de sospecha se confirma.

4. Se realiza petición de nueva PAAF con ayuda de ecografía, siendo el resultado anatomicopatológico (de fecha 11 de febrero de 2004) de imágenes

sugestivas de tumor de células fusiformes de moderada agresividad citológica.

5. Ante las dudas diagnósticas, se decide tomar nuevas muestras de la tumoración mediante punción del trócar (que permite obtener cilindros de tejido, no sólo células). El diagnóstico anatomo-patológico (de 20 de febrero de 2004) es el de proliferación fusocelular con mínima atipia citológica, compatible con fibromatosis músculo-esquelética.

6. El paciente es ingresado para intervenirlo el 29 de febrero de 2004, siendo presentado el caso a sesión clínica del Servicio de Cirugía Vascular con fecha 1 de marzo de 2004. Se decide que, en el caso de ser necesario durante la cirugía, sea avisado el cirujano vascular de guardia.

7. Tras realizar el estudio preoperatorio se entrega al paciente hoja de Consentimiento Informado específico para la resección tumoral, que es firmado con fecha 1 de marzo de 2004, (obra al folio 123 del expediente administrativo).

8. El paciente es intervenido el 2 de marzo de 2004 mediante anestesia general. La intervención es iniciada por el equipo de Traumatología a las 12:30 horas. Durante la misma, se independiza el paquete vasculonervioso proximal y distal a la tumoración. Se intenta la separación de la vena poplítea, lo que resulta imposible dada la íntima adherencia y su introducción en la propia tumoración. Antes de iniciar el tiempo arterial se realiza un intento infructuoso de exposición arterial, por lo que se informa a la familia (15:00 horas) de tal eventualidad y se decide no resecar la tumoración ni realizar un by-pass. Se retira isquemia (110 minutos) y se aprecia buen latido arterial, por lo que se decide terminar la cirugía y cerrar. Durante el proceso de cierre se aprecia ausencia de pulso distal en la pierna, por lo que, con el diagnóstico de probable trombosis de la arteria poplítea, se vuelve a informar a la familia de la necesidad ahora sí de

realizar un by-pass (“puenteo”) para permitir el flujo distal de la pierna. Tras un primer intento infructuoso, se consigue la anastomosis distal con vena safena realiza una fasciotomía de los compartimentos anterior y posterior. La intervención finaliza a las 23:30 horas.

9. El postoperatorio inmediato transcurre sin incidencias reseñables. La circulación distal de la pierna es dificultosa inicialmente, pero correcta y permite la viabilidad de la misma. En los primeros días, el pie derecho presenta una cianosis moderada y disminución de temperatura y movilidad que van mejorando paulatinamente. Se realizan controles con ecodoppler. Se realizan sucesivas curas de las heridas de fasciotomía con buena evolución. Se aprecia dificultad para la movilización de rodilla, tobillo y dedos del pie, que va recuperándose parcialmente a lo largo de los días. Inicia tratamiento fisioterapéutico durante el ingreso. El paciente presenta reacciones de ansiedad por su situación y la necesidad de hospitalización.

10. Es dado de alta hospitalaria el 2 de abril de 2004. En dicha fecha se refiere una flexión de rodilla de 100º y extensión completa; existe déficit parcial para la flexoextensión del tobillo y los dedos, así como parestesias en el primer dedo del pie. La herida de la fasciotomía no muestra signos de infección. El ecodoppler muestra flujo distal.

11. Tras el alta, el paciente continúa con tratamiento rehabilitador en su centro de referencia (Toledo) y acude a revisiones sucesivas en los Servicios implicados en el Hospital La Paz. Se realiza una RMN de control que muestra una ausencia de crecimiento de la tumoración dada la ausencia de vascularización tumoral.

12. Con fecha 9 de julio de 2004, se realiza un estudio electromiográfico (EMG) en el Servicio de Neurofisiología del Hospital Virgen de la Salud de Toledo, donde se detecta una ausencia de potencial sensitivo en los nervios peroneo superficial, sural y Safeco derechos, y ausencia de

potencial motor en nervio peroneo, lo que sugiere neuropatía de los mismos.

13. Consta como fecha de última revisión en el Hospital La Paz, el 15 de Diciembre de 2005, siendo citado para revisión en un año.

TERCERO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

CUARTO.- Se han cumplido los requisitos establecidos al efecto en la normativa aplicable, incluido el trámite de audiencia, regulado en los artículos 84 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 11 del Real Decreto 429/1993(RRPAP). Consta en el expediente haberse concedido trámite de audiencia con fecha 10 de julio de 2007, sin que se hayan realizado alegaciones por parte de la reclamante (folio 163 del expediente administrativo).

Consta, asimismo, el informe del servicio que se dice causante del daño, esto es, el Servicio de Traumatología, de fecha 3 de octubre de 2006, (folios 12 a 14 del expediente administrativo), como exige el artículo 10 del Real Decreto 429/1993. Ahora bien, debe reseñarse que no se especifica en dicho informe el servicio que lo emite, no obstante, en el oficio de remisión se especifica que es emitido por el jefe de la unidad de tumores con el visto bueno del Jefe de Traumatología del Hospital la Paz. (folios 10 y 11 del expediente administrativo).

Consta, asimismo, el informe de la Inspección Médica de 26 de noviembre de 2006 en los folios 79 a 81 del expediente administrativo, y

el de la Asesoría Médica de la Compañía Aseguradora de 20 de abril de 2007 (folios 147 a 159 del expediente administrativo).

QUINTO.- Una vez cumplido el trámite de audiencia, se formula por la Dirección General del SERMAS propuesta de resolución de inadmisión por incompetencia y subsidiariamente de desestimación por considerar que no existe nexo causal entre la actuación de la Administración Sanitaria y los daños objeto de la presente reclamación.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007 de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- El reclamante está legitimado activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la Ley 30/1.992.

Respecto de la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, esta debe ser objeto de examen, en tanto en cuanto la propuesta de resolución contiene un pronunciamiento de inadmisión por falta de competencia, al tratarse de un caso de derivación de un paciente del sistema sanitario de salud Castellano-Manchego al Madrileño.

Esta posibilidad está expresamente establecida como una obligación en artículo 15 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad “*Una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de la atención primaria, los usuarios del Sistema Nacional de Salud tienen derecho, en el marco de su área de salud, a ser atendidos en los servicios especializados hospitalarios.*

El Ministerio de Sanidad y Consumo acreditará servicios de referencia, a los que podrán acceder todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud, una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de los servicios especializados de la Comunidad Autónoma donde residan”.

El instituto de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, se define subjetivamente a través del concepto de servicio público sanitario, debiendo responder cada Administración por las lesiones que haya producido el funcionamiento de los servicios públicos de su titularidad.

En este caso, la actuación del Servicio Público Sanitario de Castilla-La Mancha se limita a remitir al Servicio Madrileño a un paciente que no puede tratar. A partir de este momento cesa la vinculación subjetiva del paciente con el servicio sanitario y desde el momento en que la remisión es aceptada por uno de los centros del Servicio Madrileño de Salud, circunstancia que tiene lugar el 11 de febrero de 2004, en virtud de la orden de asistencia de dicha fecha, el paciente es responsabilidad de dicho servicio, tanto en la fase decisoria del tratamiento o intervención a practicar, como en la fase de la realización efectiva de los mismos.

Ello no podía ser de otra forma bajo el prisma de garantizar la equidad en el acceso a una atención sanitaria de calidad, segura y eficiente a las personas con patologías que, por sus características, precisan de cuidados de elevado nivel de especialización que requieren concentrar los casos a

tratar en un número reducido de centros, todo ello financiado con un fondo de cohesión, para todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud, con independencia de la Comunidad Autónoma en la que residan.

Además, desde el punto de vista estrictamente jurídico, ello supondría romper de antemano toda relación de causalidad entre la Administración Pública eventualmente responsable y su actuación, que en estos casos de derivación de pacientes se agota con la misma.

TERCERA.- Debe examinarse si la reclamación objeto del presente dictamen fue presentada dentro del plazo de prescripción de un año que establece el artículo 142.5 LRJ-PAC, puesto que habiéndose producido el hecho causante de la reclamación el 2 de marzo de 2004, la misma se remitió mediante correo certificado 8 de junio de 2006.

En caso de daños, de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas, de acuerdo con el mismo precepto. En este caso, el reclamante refiere que la determinación de las secuelas se produce el día 20 de noviembre de 2005, si bien, no aporta a su reclamación ninguna documentación sobre el particular. A este respecto, de los datos que obran en el expediente administrativo, resulta que, al dársele el alta ya presentaba secuelas de la intervención. Así, en el informe de 2 de abril de 2004 que obra al folio 41 del expediente administrativo, se indica que tiene un déficit parcial de flexo extensión del tobillo, así como de los dedos y parestesias en el primer dedo del pie. También consta que, con fecha 9 de julio de 2004, se realiza un electromiograma en el Hospital La Paz, en el que se detecta una ausencia del potencial sensitivo y motor en los nervios afectados, lo que es indicativo de una neuropatía de los mismos. Sin embargo, teniendo en cuenta ambos momentos, la acción sería extemporánea.

No obstante, en el informe de 3 de octubre de 2006, de la unidad de Cirugía Músculo-Esquelética del Hospital La Paz, se determina el alcance de la neuropatía diagnosticada en el informe de julio de 2004, secuelas que se concretan en retracción del tendón de Aquiles con pie equinovaro, no recuperando la flexión dorsal del tobillo, parestesias en el primer dedo del pie, retracción de la musculatura plantar con disminución de la flexión de los dedos de posible origen neuropático, señalando, que la pérdida funcional de la rodilla es mínima, faltando solo los últimos grados de extensión. Sin embargo, este informe es el que se realiza por el Servicio responsable en el seno del expediente de responsabilidad patrimonial. No constan más informes en el expediente administrativo.

En la propuesta de resolución, se dice que consta que se le ha evaluado constantemente, y aparece en la Historia Clínica una revisión de fecha 3 de agosto de 2005, donde se indica que mantiene resultados igual y se le remita a reumatología y una última revisión el 15 de diciembre de 2005, (folio 39 bis del expediente administrativo), donde se indica que sigue con la rehabilitación, y se le indica otra revisión en un año. Así mismo, en el informe de 3 de octubre de 2006, se da cuenta de su estado actual, lo que indica la evaluación constante de las secuelas.

Teniendo en cuenta estos informes, se puede concluir que el daño padecido por el reclamante es de carácter continuado, habiendo evolucionado en su alcance, por lo que deben tenerse en cuenta el resultado recogido de las últimas consultas a las que acude el reclamante, y por tanto considerar la acción presentada en tiempo.

Puede citarse en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2003, Ar.1977, cuando dice “*Esta Sala tiene reiteradamente declarado, por todas Sentencias de 5 y 17 de octubre de 2001, que el plazo de prescripción queda abierto hasta que se concrete definitivamente el alcance de las secuelas*”, afirmándose, que el *dies a quo* en tales casos será

aquel en que conozca el alcance del quebranto, habiendo sido así asumido por el legislador en el artículo 142.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2004, AR.2717).

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra regulado en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollado en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la Disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud.

QUINTA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución, Título X, Capítulo Primero, además de la Disposición Adicional 12^a, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que, como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2.008-, consiste en el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante, no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

La apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas, o por haberse procedido, al hacer la indicada valoración, de manera ilógica, irracional o arbitraria.

Por lo que se refiere a las características del daño causado, éste ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo solo indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia (sentencias de 30 de octubre

de 2.003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás).

Además, es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas las sentencias de 20 de marzo de 2.007 (recurso 6/7915/03), 7 de marzo de 2007 (recurso 6/5286/03), 16 de marzo de 2005 (recurso 6/3149/01) que "*a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente*", por lo que no cabe apreciar responsabilidad sólo por la producción de un resultado dañoso, debe ser además antijurídico.

SEXTA.- Sentado lo anterior, debe examinarse si procede el reconocimiento de responsabilidad patrimonial a favor del reclamante.

El daño sufrido por el reclamante consiste en una neuropatía en los nervios peroneo superficial, y subdural y safeno derechos, que a parte de ausencia de potencial sensitivo, supone ausencia de potencial motor en el nervio peroneo, y que provoca las secuelas de falta de movilidad indicadas en el informe de 3 de octubre de 2006.

Debe examinarse la corrección, tanto de la intervención constituida por la decisión de intervención, como de la intervención constituida por la propia intervención quirúrgica.

Respecto de la decisión de intervenir, en el informe de la Asesoría Médica del Seguro, se afirma que los pasos seguidos por los diferentes facultativos antes de la realización de la operación, fueron correctos,

evaluando en cada momento la necesidad o no de realizar el intento de resección.

La necesidad de la intervención deriva del carácter de la patología sufrida. En el informe de 26 de enero de 2004 del complejo hospitalario de Toledo (folio 145 del expediente administrativo), se indica que la muestra realizada en dicho centro sobre el tumor es insuficiente para el diagnóstico, pudiendo tratarse de un fibrosarcoma de bajo grado (maligno) o de una fibromatosis (benigna). De las pruebas practicadas, resulta que el tumor era benigno, esto es una fibromatosis, señalando que el proceso de diagnóstico fue impecable.

En el informe de la Asesoría Médica del Seguro, se indica que el tratamiento quirúrgico está indicado en este tipo de tumores cuando su volumen o localización provocan síntomas compresivos locales, con dolor que indican su exéresis.

En el informe médico del Servicio interviniente, cuyas conclusiones se refrendan por el de la Asesoría médica del Seguro, se indica que la indicación quirúrgica es muy clara en relación con la fibromatosis al ser muy agresiva y de constante invasión de otras zonas.

Para indicar la intervención, se tienen en cuenta las dificultades de la misma, de hecho, se desprende de todo el expediente, que el éxito de la intervención era muy dudoso, haciéndose saber así al paciente. Por último, se indica en el informe de 3 de octubre de 2006, que el tumor no ha evolucionado debido a la falta de vascularización del mismo.

Por lo que se refiere a la intervención durante la misma, todo el procedimiento se llevó a cabo con isquemia de la pierna, que consiste en cortar la circulación sanguínea mediante un manguito de presión. Este procedimiento, que constituye un proceder habitual, debe mantenerse durante un máximo de dos horas, habiéndose mantenido en el presente caso

110 minutos, lo que no puede considerarse incorrecto. Además tras la retirada de la isquemia, la arteria tenía pulso.

No obstante, en el momento de cerrar la herida quirúrgica, se apreció trombosis de la arteria, que si bien pudo producirse durante el proceso de manipulación de dicha estructura durante el intento de resección tumoral, no puede considerarse una mala actuación médica.

Por último, aparecida dicha trombosis en el propio quirófano, se consiguió restaurar la circulación y salvar la pierna, si bien, para ello hubo que practicar nuevas isquemias, lo que tuvo como consecuencia ciertos daños en determinadas estructuras neurológicas de la zona.

Todo ello para concluir que dicha lesión neurológica, si bien son secuelas de la intervención, no puede ser atribuida a una incorrecta actuación médica.

Así mismo, el informe de la inspección médica, después de referir las dificultades de la intervención practicada al reclamante, señala que en ningún momento ha habido mala praxis en el tratamiento que se le aplicó.

Frente a esta información, el reclamante no acredita en modo alguno la mala praxis que en hipótesis sería causante del daño padecido.

Para apreciar la ocurrencia de una buena práctica sanitaria, es imprescindible llevar a cabo una rigurosa evaluación de la prueba, contraponiendo los informes periciales contrarios, sin que tenga prevalencia la realizada por peritos funcionarios, porque, si bien les es previsible independencia y objetividad, no es menos cierto que otros peritos pueden tener análogas condiciones. La prueba debe sustentarse en perito que reúna la mayor especialidad posible que abarque la procedencia de la lesión ocurrida, como indica el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El informe de la Asesoría Médica del Seguro está firmado por tres facultativos especialistas en cirugía ortopédica y traumatología, que reúnen estas condiciones.

Ciertamente, la acreditación de que existió una mala praxis médica corresponde a los reclamantes –artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el conjunto de sentencias aquí citadas-. Pero la doctrina jurisprudencial ha sentado la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para el reclamante, sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre (recurso 3071/03) y 2 de noviembre (recurso 9309/03) de 2.007 y 7 de julio de 2.008 (recurso 3800/04), así la prueba del correcto consentimiento informado se viene a atribuir a la Administración. Lo mismo podemos decir respecto del informe necesario del servicio cuyo funcionamiento, normal o anormal, ocasionó el daño, que requiere el artículo 10.2 del R.D. 429/1993. A veces, incluso, el Tribunal Supremo, sentencia de 27 de junio de 2.008 (recurso 3768/04) requiere una explicación adecuada del evento dañoso para excluir la responsabilidad

Por otro lado, en el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de ese servicio público, introduciéndose por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, exigiéndose para su existencia, no sólo la lesión sino también la infracción de ese criterio básico, siendo la obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido el Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000, recuerda: *"Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales, ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana,*

pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse excluida de antemano".

No se da, por lo tanto, el necesario nexo causal para apreciar la responsabilidad de la Administración Sanitaria.

SÉPTIMA.- Respecto de la antijuricidad del daño, en aquellos asuntos en que el daño se hubiera producido por o a pesar del empleo de la praxis adecuada, o pudiera no haberse producido de no haber intervenido la acción de la Administración, esto es, entendiendo que sí existe nexo causal aunque no fuere absoluto o eficiente y sólo concomitante, la responsabilidad requiere que el daño sea antijurídico, pasando a ser lesión, esto es, que el perjudicado directamente tenga la obligación jurídica de soportar el daño. Existiendo esta obligación de soportar cuando existe la aceptación expresa del paciente o enfermo, en el llamado consentimiento informado. Por cuanto en los casos de actividad administrativa de prestación, ésta se asume voluntariamente, y se debe soportar su posible efecto adverso. Así, las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio (recurso 4415/04) y 1 de febrero de 2.008 (recurso 6/2033/03), que señalan que el defecto de consentimiento informado se considera un incumplimiento de la *lex artis* y, por consiguiente existiría un daño producido por el funcionamiento anormal del servicio público, matizado en el sentido de que exista relación de causalidad entre daño y actividad sanitaria.

Pero bien puede llegarse a la misma conclusión sin necesidad de acudir al pie forzado de que la falta de consentimiento informado suponga una defectuosa *lex artis* o mala praxis, ya que supone su defecto el que el daño que pueda producirse pase a ser antijurídico, puesto que no hay porqué soportar el daño derivado de una actividad sanitaria cuya práctica no ha sido debidamente consentida.

El consentimiento informado se reguló en el artículo 10 de la Ley de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, y hoy lo hace la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La consideración del daño sufrido incluye el menor daño que se hubiera podido producir de haberse actuado de acuerdo con la buena praxis o el posible menor daño derivado de una mejor hipótesis alternativa de haber podido manifestar su consentimiento con adecuado conocimiento de causa, es decir el daño sufrido comprende también la llamada pérdida de oportunidad, así lo ha considerado el Tribunal Supremo, entre otras, en sus sentencias de 7 de julio (recurso 6/4776/04) y 28 de mayo de 2.008 (recurso 6/4107/04).

A sentido contrario, para que no exista responsabilidad se requerirá: Que no exista daño. Que el daño fuera inevitable y no se hubiera podido producir un daño inferior. Que no haya causalidad entre daño y actuación administrativa. Que se hubiere empleado una praxis correcta y exista consentimiento informado.

Consta a lo largo de todo el expediente, que en todo momento el reclamante fue informado de las dificultades de la operación de resección del tumor que tenía en la rodilla por estar íntimamente ligado con el paquete vascular de la zona. Además, el reclamante firma el consentimiento informado específico para la intervención a la que es sometido con fecha 1 de marzo de 2004, en el que se indica expresamente que por la situación del tumor y su relación íntima con los vasos (arterias y venas) y nervios, y la necesidad de la más completa exéresis del tumor, pueden estar invadidos por el tumor y/o correr peligro su integridad, siendo necesaria su resección y posterior reparación mediante injerto vascular o nervioso.

ÚLTIMA.- La competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad según el artículo 142.2 de la Ley 30/1.992 y 55.2 de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad 1/1.983, de 13 de diciembre, cuya Orden pondrá fin a la vía administrativa según el artículo 53.1 de la misma Ley. Contra dicha orden cabrá recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, según el artículo 10.1.j) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1.998, de 13 de julio.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula las siguientes

CONCLUSIONES

Este Consejo Consultivo estima que procede la desestimación de la reclamación efectuada.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3. 7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 5 de noviembre de 2008